

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 105.574 van 17 april 2002
in de zaak A. 74.190/XII-19.**

In zake : Antoni BARCZUK,
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. DE GANCK,
kantoor houdende te GENT,
Koning Leopold II-laan 95

tegen :

de HOGESCHOOL GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat E. BRAL,
kantoor houdende te GENT,
Henleykaai 3 R.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Antoni Barczuk op 30 april 1997
heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1. de beslissing van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent, gevormd op diens vergaderingen van 7 en 28 februari 1997, waarbij de cumulatie van de opdracht van de verzoeker als voltijds lector met een beperkte zelfstandige activiteit haar ambtshalve als deeltijds (70 %) werd aangemerkt;
2. de in deze beslissing vervatte impliciete weigering vanwege het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent om de verzoeker de cumulatie van haar voltijdse leeropdracht binnen de Hogeschool Gent met een zelfstandige praktijk van kinesitherapeut toe te staan”;

Gelet op het arrest nr. 69.639 van 18 november 1997 waarbij de
vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt
verworpen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van
verzoeker;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur-afdelingshoofd R. Van Der Gucht;

Gelet op de beschikking van 10 juni 1999 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 9 oktober 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 november 2001;

Gehoord het verslag van staatsraad E. Brewaeys;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Gordts, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat E. Bral, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het gedeeltelijk eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd R. Van Der Gucht;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De feiten.

Overwegende dat de voornaamste gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. Verzoeker was voltijds lector/praktijklector kinesitherapie aan de Hogeschool Gent. Hij oefent een nevenactiviteit als zelfstandig kinesitherapeut uit.

1.2. Op 27 november 1995 diende hij een gemotiveerde cumulatie-aanvraag in.

1.3. Op 7 februari 1996 bracht het bestuurscollege van de Hogeschool Gent verzoekers opdracht ambtshalve op 70 %.

1.4. Op 1 juni 1996 diende verzoeker opnieuw een aanvraag in tot cumulatie en op 6 oktober 1996 lichtte hij deze aanvraag bijkomend toe; hij stelde, samengevat, dat :

- zijn zelfstandige nevenactiviteit zeer beperkt is wat betreft tijdsbesteding;
- de praktijkervaring uiterst waardevol is als lesgever (o.a. osteopathietechnieken);
- zijn zelfstandige activiteit als kinesist de uitstraling van de Hogeschool ten goede komt (o.a. gastspreker voor de Kring van Zelfstandige Kinesitherapeuten; gastspreker voor een bejaardentehuis, lid van de Beheerraad van de Vlaamse Universitaire Sportfederatie, begeleidend kinesist van de Belgische afvaardiging bij de Universiade in augustus 1977);

1.5. Op 7 februari 1997 werd het cumulatieverzoek van verzoeker afgewezen door het bestuurscollege van de Hogeschool Gent.

De motivering van deze beslissing luidt als volgt :

“art. 36. In uitvoering van art. 148 van het decreet op de hogescholen wordt de opdracht van Barczuk Antoni FT lector ambtshalve 70 % vanaf 1 maart 1997, op grond van de volgende motivatie :

1. Betrokkene oefent een zelfstandige nevenactiviteit uit (praktijk kinesitherapie)
2. Het toestaan van een afwijking op het Hogeschooldecreet is een uitzondering die de hogeschool kan toestaan : dat een afwijking geen verworven recht is en niet afdwingbaar; dat de discretionaire bevoegdheid van de hogeschool dient te worden gerespecteerd;
3. Art 147 t/m art. 150 van het decreet op de hogescholen indachtig motiveert de hogeschool haar beslissing de afwijking niet toe te staan als volgt :
4. Zijn nevenactiviteiten als zelfstandige zijn integreerbaar in de dienstverlening van de hogeschool : dit zal de uitstraling van de hogeschool nog meer ten goede komen dan dat hij zijn activiteit los van de hogeschool ontwikkelt.
5. De motivatie van de aanvrager die juist in zijn motivering het belang van zijn zelfstandige activiteit benadrukt.
6. Zijn nevenactiviteiten nemen toe : na de V.U.S.F. werd hij ook door de B.U.S.F. als sportkinesitherapeut aangeduid. De integreerbaarheid is wenselijk : aanvrager wijst zelf in zijn aanvraag op de integreerbaarheid :
7. Aanvrager start op 1 februari 1997 zijn zelfstandige activiteit.
8. De nevenactiviteit van betrokkene behoort tot de lijst van activiteiten die ambtshalve een groot deel van de tijd van het personeelslid in beslag neemt”;

Dit is de bestreden beslissing. Deze werd bij schrijven van 3 maart 1997 ter kennis gebracht van verzoeker.

1.6. Op 3 april 1997 tekende de commissaris van de Vlaamse regering bij de hogescholen beroep aan tegen de bestreden beslissing van het Bestuurscollege.

Bij schrijven van 28 april 1997 werd het beroep van de regeringscommissie gegrond verklaard en werd de hogeschool verzocht een nieuwe beslissing te nemen.

Op 30 mei 1997 nam het bestuurscollege een nieuwe beslissing waarbij de opdracht van verzoeker ambtshalve deeltijds werd met ingang van 1 juni 1997 voor het academiejaar 1996-1997.

De motivering van deze beslissing luidt als volgt :

“art. 37. In uitvoering van art. 148 van het decreet op de hogescholen wordt de opdracht van de heer Barczuk Antoni ambtshalve deeltijds :

1. De nevenactiviteit van betrokkene behoort tot de lijst van activiteiten die ambtshalve een groot deel van de tijd van het personeelslid in beslag neemt.
2. Betrokkene toont niet aan dat zijn nevenactiviteit minder dan twee halve dagen per week in beslag neemt.
3. Betrokkene toont niet aan dat hij gedurende de twee halve dagen per week dat hij niet aanwezig moet zijn in de hogeschool, beschikbaar is voor de hogeschool.
4. Uit de aanvraag blijkt dat de heer Barczuk, die zijn activiteit als zelfstandige kinesitherapeut stopzette nadat hij vorig jaar geen afwijking kreeg, zijn activiteit vanaf 1 februari 1997 hernomen heeft. De heer Barczuk bouwt opnieuw een patiëntenbestand op. Zijn nevenactiviteit is groter dan zijn vroegere nevenactiviteit : na de V.U.S.F. werd hij ook door de B.U.S.F. als sportkinesitherapeut aangeduid”;

2. De ontvankelijkheid.

2.1. Overwegende dat de in het verzoekschrift omschreven bestreden beslissing in de loop van het geding werd vervangen door een nieuwe beslissing, die aan verzoeker werd meegedeeld met een brief van 9 juni 1997, waarbij de opdracht van verzoeker als deeltijds (70 %) werd aangemerkt.

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in de memorie van antwoord stelt dat vermits een nieuwe beslissing is genomen, het huidige beroep onontvankelijk moet worden verklaard wegens gebrek aan voorwerp;

2.3. Overwegende dat het verdwijnen van het formeel voorwerp van een annulatieberoep er de Raad van State niet in alle omstandigheden toe brengt de vordering onontvankelijk te verklaren;

Overwegende dat te dezen de initiële beslissing van 7 (en 28) februari 1997 vervangen is door een beslissing van 9 juni 1997 met quasi dezelfde materiële inhoud, getroffen in het kader van eenzelfde onderzoek; dat als actueel voorwerp van het beroep de nieuwe beslissing van 9 juni 1997 moet geïdentificeerd worden;

2.4. Overwegende dat de verwerende partij op de vraag van verzoeker enerzijds de aanvraag tot cumulatie van de voltijdse lesopdracht met de zelfstandige activiteit van kinesitherapeut heeft geweigerd, en anderzijds zijn opdracht heeft verminderd; dat de eerste beslissing impliciet is en de andere expliciet; dat ze allebei voor nietigverklaring vatbaar zijn; dat het wel zo is dat de nietigverklaring van de impliciete weigering niet automatisch meebrengt dat de overheid verplicht zou zijn het geweigerde te geven; dat het door de overheid aan de nietigverklaring te geven gevolg onder meer afhangt van de vernietigingsgrond;

3. Ten gronde.

3.1. Overwegende dat als eerste middel een motiveringsgebrek wordt aangevoerd; dat verzoeker onder meer betoogt dat de motivering vaag en nietszeggend is, zodat zij het besluit onmogelijk kan dragen, dat de motivering niet concreet is nu er, zonder dat daartoe enig motief wordt aangedragen, wordt afgeweken van het gunstig advies van de departementsraad, dat de motivering onaanvaardbaar is in het licht van de feiten, nu verzoeker heeft aangetoond dat zijn zelfstandige activiteit beperkt blijft tot maximaal 8 uur per week, en dat de motivering 'zijn nevenactiviteit als zelfstandige zijn integreerbaar in de dienstverlening van de hogeschool, dit zal de uitstraling van de hogeschool nog meer ten goede komen dan dat hij zijn aktiviteit los van de hogeschool ontwikkelt' elke grond mist;

3.2. Overwegende dat nergens uit blijkt dat er bij het nemen van de bestreden beslissing een onderzoek naar de beschikbaarheid van verzoeker voor de hogeschool, nochtans het doorslaggevend criterium, is geschied; dat al evenmin een met redenen omklede beslissing voorhanden blijkt te zijn waarbij het hogeschoolbestuur vaststelt op welke gronden precies aan verzoeker geen afwijking kan worden vergund, laat staan dat die motieven te gepasten tijde aan verzoeker zouden zijn medegedeeld.

3.3. Overwegende dat de verwijzing naar het feit dat verzoeker niet aantoonde dat zijn nevenactiviteit minder dan twee halve dagen per week in beslag neemt en dat hij evenmin aantoonde dat hij gedurende de twee halve dagen per week dat hij niet aanwezig moet zijn in de hogeschool, beschikbaar is voor de hogeschool een inhoudloze stijlformule is; dat verzoeker aangegeven heeft wanneer hij zijn zelfstandige nevenactiviteiten uitoefent; dat het hogeschoolbestuur op dit gegeven niet concreet ingegaan is hoewel deze gegevens voor zich spreken; dat de motivering van deze beslissing hoe dan ook een beoordeling hiervan diende te bevatten;

Overwegende dat zo het bestuurscollege niet verplicht was het advies van de departementsraad te volgen en evenmin verplicht was verzoekers voorstelling van feiten voetstoots aan te nemen, het dat advies en die voorstelling niet kon afwijzen met de thans voorliggende, nietszeggende motivering; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden :

- de beslissing vervat in de brief van 9 juni 1997 van het bestuurscollege van de Hogeschool Gent, waarbij de cumulatie van de opdracht van Antoni BARCZUK als voltijds lector met een beperkte zelfstandige activiteit hem ambtshalve als deeltijds (70%) werd aangemerkt,
- en
- de in deze beslissing vervatte impliciete weigering om Antoni BARCZUK de cumulatie van zijn voltijdse lesopdracht binnen de hogeschool Gent met een zelfstandige praktijk van kinesitherapeut toe te staan.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zeventien april 2002, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	A. BEIRLAEN,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	E. BREWAEYS,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

A. BEIRLAEN.